

TE Bvwg Erkenntnis 2016/4/5 W114 2118489-3

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 05.04.2016

Entscheidungsdatum

05.04.2016

Norm

BVergG 2006 §163

BVergG 2006 §164

BVergG 2006 §172

BVergG 2006 §174

BVergG 2006 §180 Abs1

BVergG 2006 §197 Abs4

BVergG 2006 §269

BVergG 2006 §291

BVergG 2006 §292 Abs1

BVergG 2006 §312 Abs1

BVergG 2006 §312 Abs3 Z1

BVergG 2006 §312 Abs3 Z2

BVergG 2006 §318 Abs1

BVergG 2006 §319

BVergG 2006 §322 Abs1

BVergG 2006 §323

BVergG 2006 §331 Abs1

BVergG 2006 §331 Abs4

BVergG 2006 §332 Abs5

BVergG 2006 §334

BVergG 2006 §5

B-VG Art.133 Abs4

VwGVG §28 Abs1

VwGVG §28 Abs2

1. BVergG 2006 § 163 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

1. BVergG 2006 § 164 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

1. BVergG 2006 § 172 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

1. BVergG 2006 § 174 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

- [illegible]

1. BVergG 2006 § 323 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 323 gültig von 12.07.2013 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
 3. BVergG 2006 § 323 gültig von 01.04.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 4. BVergG 2006 § 323 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012
1. BVergG 2006 § 331 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 331 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 331 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 4. BVergG 2006 § 331 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 5. BVergG 2006 § 331 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 331 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 331 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 331 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 4. BVergG 2006 § 331 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 5. BVergG 2006 § 331 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 332 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 332 gültig von 01.01.2014 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
 3. BVergG 2006 § 332 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 4. BVergG 2006 § 332 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 5. BVergG 2006 § 332 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 6. BVergG 2006 § 332 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 334 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 334 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 334 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 4. BVergG 2006 § 334 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
1. BVergG 2006 § 5 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. B-VG Art. 133 heute
 2. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2019 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017
 3. B-VG Art. 133 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018
 4. B-VG Art. 133 gültig von 25.05.2018 bis 31.12.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018
 5. B-VG Art. 133 gültig von 01.08.2014 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 164/2013
 6. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2014 bis 31.07.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
 7. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2004 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 100/2003
 8. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.1975 bis 31.12.2003 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 444/1974
 9. B-VG Art. 133 gültig von 25.12.1946 bis 31.12.1974 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 211/1946
 10. B-VG Art. 133 gültig von 19.12.1945 bis 24.12.1946 zuletzt geändert durch StGBI. Nr. 4/1945
 11. B-VG Art. 133 gültig von 03.01.1930 bis 30.06.1934
1. VwGVG § 28 heute
 2. VwGVG § 28 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017
 3. VwGVG § 28 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2018
1. VwGVG § 28 heute
 2. VwGVG § 28 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017
 3. VwGVG § 28 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2018

Spruch

W114 2118489-3/29E

Im Namen der Republik !

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Bernhard DITZ als Vorsitzenden und die fachkundigen Laienrichter Mag. Georg Konetzky als Beisitzer der Auftraggeberseite und Dr. Theodor Taurer als Beisitzer der

Auftragnehmerseite im Feststellungsverfahren zum Vergabeverfahren "Schneeschiebern, Z 2015-074" der Auftraggeberin Flughafen Wien AG, Officepark 1, Flughafen, 1300 Wien, auf Grund von Anträgen der XXXX, vertreten durch XXXX vom 11.12.2015 nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 01.04.2016, zu Recht erkannt: Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Bernhard DITZ als Vorsitzenden und die fachkundigen Laienrichter Mag. Georg Konetzky als Beisitzer der Auftraggeberseite und Dr. Theodor Taurer als Beisitzer der Auftragnehmerseite im Feststellungsverfahren zum Vergabeverfahren "Schneeschiebern, Ziffer 2015 -, 074, der Auftraggeberin Flughafen Wien AG, Officepark 1, Flughafen, 1300 Wien, auf Grund von Anträgen der römisch 40 , vertreten durch römisch 40 vom 11.12.2015 nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 01.04.2016, zu Recht erkannt:

A I)A römisch eins)

Die Anträge der XXXX, vertreten durch XXXX vom 14.01.2016 Die Anträge der römisch 40 , vertreten durch römisch 40 vom 14.01.2016

"das Bundesverwaltungsgericht möge für den Fall, dass es unsere Anträge auf Nichtigerklärung zurück- oder abweist nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung

1. feststellen, dass die Rahmenvereinbarung mit der XXXX betreffend das Vergabeverfahren der Flughafen Wien AG "Schneeschiebern GZ Z-2015-0074" wegen eines Verstoßes gegen das Bundesvergabegesetz nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung mit dem Bieter abgeschlossen wurde, der das Angebot mit dem niedrigsten Preis gelegt hat; 1. feststellen, dass die Rahmenvereinbarung mit der römisch 40 betreffend das Vergabeverfahren der Flughafen Wien AG "Schneeschiebern GZ Z-2015-0074" wegen eines Verstoßes gegen das Bundesvergabegesetz nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung mit dem Bieter abgeschlossen wurde, der das Angebot mit dem niedrigsten Preis gelegt hat;

2. feststellen, dass der Abschluss der Rahmenvereinbarung mit der XXXX betreffend das Vergabeverfahren der Flughafen Wien AG "Schneeschiebern GZ Z-2015-0074" ohne Mitteilung des beabsichtigten Abschlusses der Rahmenvereinbarung rechtswidrig war; 2. feststellen, dass der Abschluss der Rahmenvereinbarung mit der römisch 40 betreffend das Vergabeverfahren der Flughafen Wien AG "Schneeschiebern GZ Z-2015-0074" ohne Mitteilung des beabsichtigten Abschlusses der Rahmenvereinbarung rechtswidrig war;

3. die infolge des angefochtenen Vergabeverfahrens geschlossene Rahmenvereinbarung zwischen der Flughafen Wien AG und der XXXX für absolut nichtig erklären; 3. die infolge des angefochtenen Vergabeverfahrens geschlossene Rahmenvereinbarung zwischen der Flughafen Wien AG und der römisch 40 für absolut nichtig erklären;

4. in event: über die Flughafen Wien AG eine angemessene Geldbuße gemäß § 334 Abs. 7 BVergG verhängen sowie 4. in event: über die Flughafen Wien AG eine angemessene Geldbuße gemäß Paragraph 334, Absatz 7, BVergG verhängen sowie

5. die Flughafen Wien AG zum Ersatz der Pauschalgebühren des Verfahrens in Höhe von EUR 3.078,00 zuhänden unserer Vertreter binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu verpflichten,"

sowie die Anträge der XXXX, vertreten durch XXXX vom 04.02.2016 sowie die Anträge der römisch 40 , vertreten durch römisch 40 vom 04.02.2016

6. "es möge XXXX, vertreten durch XXXX, Einsicht in folgende Unterlagen gewährt werden 6. "es möge römisch 40 , vertreten durch römisch 40 , Einsicht in folgende Unterlagen gewährt werden:

* Angebot XXXX vom 08.09.2015; * Angebot römisch 40 vom 08.09.2015;

* Angebot XXXX vom 21.10.2015; * Angebot römisch 40 vom 21.10.2015;

* Besprechungsprotokolle vom 24.09.2015;

* Skizze zur Erläuterung der Erfüllung der Mindestraumhöhe (./B);

* Schreiben von XXXX vom 04.12.2015 samt drei Referenzbestätigungen * Schreiben von römisch 40 vom 04.12.2015 samt drei Referenzbestätigungen

(./D)"

und

7. der Antrag der XXXX, vertreten durch XXXX vom 23.03.2016 auf Gutachtensergänzung7. der Antrag der römisch 40 , vertreten durch römisch 40 vom 23.03.2016 auf Gutachtensergänzung

sowie

8. die in der mündlichen Verhandlung am 01.04.2016 gestellten Anträge hinsichtlich weiterer Ausführungen bzw. Ergänzungen durch den Sachverständigen XXXX bzw. hinsichtlich der Einholung eines weiteren Sachverständigengutachtens8. die in der mündlichen Verhandlung am 01.04.2016 gestellten Anträge hinsichtlich weiterer Ausführungen bzw. Ergänzungen durch den Sachverständigen römisch 40 bzw. hinsichtlich der Einholung eines weiteren Sachverständigengutachtens

werden gemäß §§ 312, 319 Abs. 1 und 2, 331 Abs. 4 sowie 334 BVergG iVm§ 28 Abs. 1 VwGVG abgewiesen.werden gemäß Paragraphen 312, 319, Absatz eins und 2, 331 Absatz 4, sowie 334 BVergG in Verbindung mit Paragraph 28, Absatz eins, VwGVG abgewiesen.

A II)A römisch zwei)

Dem Antrag der Flughafen Wien AG, Postfach 1, 1300 Wien-Flughafen, vertreten durch XXXX, vom 29.01.2016Dem Antrag der Flughafen Wien AG, Postfach 1, 1300 Wien-Flughafen, vertreten durch römisch 40 , vom 29.01.2016,

"festzustellen, ob die Antragstellerin auch bei Einhaltung der entsprechenden Bestimmungen keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlages gehabt hätte,"

wird gemäß § 312 Abs. 3 Z 2 iVm § 331 Abs. 1 BVergG insofern stattgegeben, als das Bundesverwaltungsgericht feststellt, dass XXXX im Vergabeverfahren "Schneeschiebern GZ Z-2015-0074" der Flughafen Wien AG keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlages gehabt hat.wird gemäß Paragraph 312, Absatz 3, Ziffer 2, in Verbindung mit Paragraph 331, Absatz eins, BVergG insofern stattgegeben, als das Bundesverwaltungsgericht feststellt, dass römisch 40 im Vergabeverfahren "Schneeschiebern GZ Z-2015-0074" der Flughafen Wien AG keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlages gehabt hat.

B)

Die Revision ist gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässigDie Revision ist gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG nicht zulässig.

Text

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

I. Verfahrensgang:römisch eins. Verfahrensgang:

1. Mit Schriftsatz vom 14.01.2016 beehrte die XXXX (im Weiteren: Antragstellerin), vertreten durch XXXX, beim Bundesverwaltungsgericht (im Weiteren: BVwG) infolge der Zuschlagserteilung im Vergabeverfahren "Schneeschiebern Z-2015-074" durch die Flughafen Wien AG (im Weiteren: Auftraggeberin) an XXXX (im Weiteren: XXXX) den Antrag, das zu W114 2118489-2 geführte Nachprüfungsverfahren gemäß § 331 Abs. 4 BVergG als Feststellungsverfahren weiterzuführen.1. Mit Schriftsatz vom 14.01.2016 beehrte die römisch 40 (im Weiteren: Antragstellerin), vertreten durch römisch 40 , beim Bundesverwaltungsgericht (im Weiteren: BVwG) infolge der Zuschlagserteilung im Vergabeverfahren "Schneeschiebern Z-2015-074" durch die Flughafen Wien AG (im Weiteren: Auftraggeberin) an römisch 40 (im Weiteren: römisch 40) den Antrag, das zu W114 2118489-2 geführte Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 331, Absatz 4, BVergG als Feststellungsverfahren weiterzuführen.

2. Hinsichtlich des Verfahrensablaufes im Nachprüfungsverfahren W114 2118489-2 wird auf den im Beschluss des BVwG vom 19.01.2016, W114 2118489-2/30E, W114 2118489-3/3Z wiedergegebenen Verfahrensgang verwiesen.

3. Im Schriftsatz vom 14.01.2016 stellte die Antragstellerin die in den Punkten 1. - 5. im Spruch dieses Erkenntnisses wiedergegebenen Anträge und begründete diese im Wesentlichen zusammengefasst damit, dass das Angebot von XXXX im Vergabeverfahren auszuscheiden gewesen wäre, da XXXX keine ausschreibungskonformen Schneeschiebern habe anbieten können und daher auch nicht angeboten habe. Aus der im Internet einsehbaren technischen Leistungsbeschreibung der von XXXX angebotenen Schneeschiebern ergebe sich, dass diese drei in den Ausschreibungsunterlagen geforderte Mindestkriterien nicht erfüllten. Damit wäre ihrem eigenen Angebot der Zuschlag zu erteilen gewesen.3. Im Schriftsatz vom 14.01.2016 stellte die Antragstellerin die in den Punkten 1. - 5. im

Spruch dieses Erkenntnisses wiedergegebenen Anträge und begründete diese im Wesentlichsten zusammengefasst damit, dass das Angebot von römisch 40 im Vergabeverfahren auszuschneiden gewesen wäre, da römisch 40 keine ausschreibungskonformen Schneeschleudern habe anbieten können und daher auch nicht angeboten habe. Aus der im Internet einsehbaren technischen Leistungsbeschreibung der von römisch 40 angebotenen Schneeschleudern ergebe sich, dass diese drei in den Ausschreibungsunterlagen geforderte Mindestkriterien nicht erfüllten. Damit wäre ihrem eigenen Angebot der Zuschlag zu erteilen gewesen.

4. Die Auftraggeberin, vertreten durch XXXX, ihrerseits führte aus, dass der Antrag auf Weiterführung des Nachprüfungsverfahrens als Feststellungsverfahren infolge der sich aus § 332 Abs. 5 BVergG ergebenden Subsidiarität des Feststellungsantrages zurückzuweisen sei. Zudem komme der Antragstellerin im Vergabekontrollverfahren auch keine Antragslegitimation zu, da ihr eigenes Angebot im Vergabeverfahren auszuschneiden gewesen wäre.⁴ Die Auftraggeberin, vertreten durch römisch 40, ihrerseits führte aus, dass der Antrag auf Weiterführung des Nachprüfungsverfahrens als Feststellungsverfahren infolge der sich aus Paragraph 332, Absatz 5, BVergG ergebenden Subsidiarität des Feststellungsantrages zurückzuweisen sei. Zudem komme der Antragstellerin im Vergabekontrollverfahren auch keine Antragslegitimation zu, da ihr eigenes Angebot im Vergabeverfahren auszuschneiden gewesen wäre.

5. Da von der Antragstellerin behauptet wurde, dass die von XXXX angebotenen Schneeschleudern bestimmten in den Ausschreibungsunterlagen festgelegten technischen Leistungsanforderungen nicht entsprechen würden und der zur Entscheidung berufene Senat des BVwG zur zweifelsfreien Klärung der Frage, ob diese Behauptungen zu Recht aufgestellt wurden, nicht über die entsprechende fachliche Sachkunde verfügt sowie zur Klärung dieser technischen Fragen kein amtlicher Sachverständiger zur Verfügung stand, wurde - unter Einbeziehung der Verfahrensparteien - ein nichtamtlicher Sachverständiger dem Feststellungsverfahren beigezogen. XXXX wurde über Vorschlag der Antragstellerin mit Zustimmung der Auftraggeberin mit der Erstellung von Befund und Gutachten betraut, da ein vom BVwG vorgeschlagener nicht amtlicher Sachverständiger von der Antragstellerin abgelehnt wurde.⁵ Da von der Antragstellerin behauptet wurde, dass die von römisch 40 angebotenen Schneeschleudern bestimmten in den Ausschreibungsunterlagen festgelegten technischen Leistungsanforderungen nicht entsprechen würden und der zur Entscheidung berufene Senat des BVwG zur zweifelsfreien Klärung der Frage, ob diese Behauptungen zu Recht aufgestellt wurden, nicht über die entsprechende fachliche Sachkunde verfügt sowie zur Klärung dieser technischen Fragen kein amtlicher Sachverständiger zur Verfügung stand, wurde - unter Einbeziehung der Verfahrensparteien - ein nichtamtlicher Sachverständiger dem Feststellungsverfahren beigezogen. römisch 40 wurde über Vorschlag der Antragstellerin mit Zustimmung der Auftraggeberin mit der Erstellung von Befund und Gutachten betraut, da ein vom BVwG vorgeschlagener nicht amtlicher Sachverständiger von der Antragstellerin abgelehnt wurde.

6. Befund und Gutachten von XXXX vom 09.03.2016 wurden an die Antragstellerin und die Auftraggeberin zum Parteiengehör übermittelt und darüber hinaus in einer mündlichen Verhandlung am 01.04.2016 in Anwesenheit des Sachverständigen erörtert. Den Parteien wurde ausreichend Gelegenheit eingeräumt, Fragen an den nichtamtlichen Sachverständigen zu stellen und ein ergänzendes Vorbringen zu erstatten.⁶ Befund und Gutachten von römisch 40 vom 09.03.2016 wurden an die Antragstellerin und die Auftraggeberin zum Parteiengehör übermittelt und darüber hinaus in einer mündlichen Verhandlung am 01.04.2016 in Anwesenheit des Sachverständigen erörtert. Den Parteien wurde ausreichend Gelegenheit eingeräumt, Fragen an den nichtamtlichen Sachverständigen zu stellen und ein ergänzendes Vorbringen zu erstatten.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogenrömisch zwei. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Feststellungen (Sachverhalt):

1.1. Die Auftraggeberin hat in einem Verhandlungsverfahren nach vorherigem Aufruf zum Wettbewerb nach dem Billigstbieterprinzip im Oberschwellenbereich eine Rahmenvereinbarung mit einem Unternehmer über die Lieferung von 4 Schneeschleudern mit der Option von 2 weiteren Schneeschleudern für die Flughafen Wien AG und deren verbundene Unternehmen, über die Dauer von 5 Jahren ab Abschluss der Rahmenvereinbarung mit einer dreimaligen Verlängerungsoption von jeweils 12 Monaten, öffentlich ausgeschrieben. Der Beschaffungsvorgang ist dem Sektorenbereich zuzuordnen.

1.2. Die Antragstellerin hat sich durch die Abgabe eines Angebotes am Vergabeverfahren beteiligt. Weder das Angebot von XXXX noch jenes der Antragstellerin wurden von der Auftraggeberin im Vergabeverfahren ausgeschieden.^{1.2.} Die

Antragstellerin hat sich durch die Abgabe eines Angebotes am Vergabeverfahren beteiligt. Weder das Angebot von römisch 40 noch jenes der Antragstellerin wurden von der Auftraggeberin im Vergabeverfahren ausgeschieden.

1.3. Die Entscheidung, mit welchem Bieter die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll, wurde am 03.12.2015 außenwirksam mit Telefax an alle Bieter des Vergabeverfahrens versandt. Diese Versendung löst die sich aus § 197 Abs. 4 BVergG ergebende Stillhaltefrist aus, die in der gegenständlichen Angelegenheit daher am 14.12.2015 um 24.00 Uhr endete. Auch in der Mitteilung vom 03.12.2015 wird von der Auftraggeberin auf das Ende der Stillhaltefrist am 14.12.2015, 24.00 Uhr, hingewiesen. 1.3. Die Entscheidung, mit welchem Bieter die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll, wurde am 03.12.2015 außenwirksam mit Telefax an alle Bieter des Vergabeverfahrens versandt. Diese Versendung löst die sich aus Paragraph 197, Absatz 4, BVergG ergebende Stillhaltefrist aus, die in der gegenständlichen Angelegenheit daher am 14.12.2015 um 24.00 Uhr endete. Auch in der Mitteilung vom 03.12.2015 wird von der Auftraggeberin auf das Ende der Stillhaltefrist am 14.12.2015, 24.00 Uhr, hingewiesen.

1.4. Mit Schriftsatz vom 14.12.2015, eingelangt im BVwG erstmals mit Telefax am 14.12.2015 nach Ende der Amtsstunden am 14.12.2015 um

15.35 Uhr übermittelte die Antragstellerin einen Nachprüfungsantrag, mit welchem "die Nichtigerklärung der mit Schreiben vom 03.12.2015 bekanntgegebenen Zuschlagsentscheidung zugunsten von XXXX" beantragt wird. Gleichzeitig wurde auch die Erlassung einer einstweiligen Verfügung beantragt, mit der der Auftraggeberin "die Zuschlagserteilung" in diesem Vergabeverfahren untersagt werden sollte.

Aus dem verfahrenseinleitenden Schriftsatz war zweifelsfrei erkennbar, dass sich der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin gegen die Entscheidung, mit welchem Bieter die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll, richtet, zumal mit dem einleitenden Schriftsatz auch eine Ablichtung des Telefaxes der Auftraggeberin an die Antragstellerin vom 03.12.2015 vorgelegt wurde.

1.5. Die Antragstellerin hat ihren verfahrenseinleitenden Schriftsatz sowohl mit Web ERV am 14.12.2015 um 13.54 Uhr und mit Telefax am 14.12.2015 um 15.35 Uhr eingebracht.

1.6. Der mit Web ERV eingebrachte verfahrenseinleitende Schriftsatz langte im BVwG jedoch erst am 14.12.2015 um 20.28 Uhr ein.

1.7. Mit Telefax vom 15.12.2015 wurde um 01.15 Uhr XXXX von der Auftraggeberin mitgeteilt, dass aufgrund des Ergebnisses der Billigstbieterermittlung ihr mitgeteilt werde, dass "nunmehr die Rahmenvereinbarung mit ihrem Unternehmen geschlossen werde". Damit wurde von der Auftraggeberin an XXXX schriftlich erklärt, ihr Angebot anzunehmen. 1.7. Mit Telefax vom 15.12.2015 wurde um 01.15 Uhr römisch 40 von der Auftraggeberin mitgeteilt, dass aufgrund des Ergebnisses der Billigstbieterermittlung ihr mitgeteilt werde, dass "nunmehr die Rahmenvereinbarung mit ihrem Unternehmen geschlossen werde". Damit wurde von der Auftraggeberin an römisch 40 schriftlich erklärt, ihr Angebot anzunehmen.

1.8. Am 15.12.2015 um 10.52 Uhr wurden die Auftraggeberin und XXXX vom BVwG sowohl mit E-Mail als auch mit Telefax über die Einbringung des Nachprüfungsantrages (samt Antrag auf Erlassung einer Einstweiligen Verfügung) verständigt. 1.8. Am 15.12.2015 um 10.52 Uhr wurden die Auftraggeberin und römisch 40 vom BVwG sowohl mit E-Mail als auch mit Telefax über die Einbringung des Nachprüfungsantrages (samt Antrag auf Erlassung einer Einstweiligen Verfügung) verständigt.

Die Bekanntmachung des beim Bundesverwaltungsgericht eingelangten Nachprüfungsverfahrens auf der elektronischen Amtstafel des Bundesverwaltungsgerichtes gemäß § 323 Abs. 1 BVergG erfolgte am 15.12.2015 nach 11.00 Uhr. Die Bekanntmachung des beim Bundesverwaltungsgericht eingelangten Nachprüfungsverfahrens auf der elektronischen Amtstafel des Bundesverwaltungsgerichtes gemäß Paragraph 323, Absatz eins, BVergG erfolgte am 15.12.2015 nach 11.00 Uhr.

1.9. Im gegenständlichen Vergabeverfahren wurde der Zuschlag rechtskonform erteilt, bevor die Auftraggeberin vom BVwG gemäß § 323 Abs. 3 BVergG über den Eingang des Nachprüfungsantrages verständigt wurde. 1.9. Im gegenständlichen Vergabeverfahren wurde der Zuschlag rechtskonform erteilt, bevor die Auftraggeberin vom BVwG gemäß Paragraph 323, Absatz 3, BVergG über den Eingang des Nachprüfungsantrages verständigt wurde.

1.10. Mit Beschluss des BVwG vom 21.12.2015, W114 2118489-1/3E wurde der Antrag auf Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung zurückgewiesen, da im Vergabeverfahren der Zuschlag bereits erteilt war und das BVwG zur

Nichtigerklärung der Entscheidung, mit welchem Unternehmen die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll, nach erteiltem Zuschlag nicht mehr zuständig ist.

1.11. Die Antragstellerin hat für ihre Anträge Pauschalgebühren von insgesamt Euro 3.078.-- entrichtet.

1.12. Die Behandlung der dagegen erhobenen Beschwerde durch die Antragstellerin wurde mit Beschluss des VfGH vom 18.02.2016, E 162/2016-5, abgelehnt und die Beschwerde an den VwGH zur Entscheidung abgetreten.

1.13. Am 07.01.2016 fand im BVwG eine Akteneinsicht durch die Antragstellerin statt.

1.14. XXXX hat im Nachprüfungsverfahren weder bis zum 28.12.2015 noch danach begründete Einwendungen erhoben. Ihr kommt daher auch im gegenständlichen Vergabekontrollverfahren keine Parteistellung zu, zumal das Nachprüfungsverfahren - als Feststellungsverfahren - weitergeführt wird. 1.14. römisch 40 hat im Nachprüfungsverfahren weder bis zum 28.12.2015 noch danach begründete Einwendungen erhoben. Ihr kommt daher auch im gegenständlichen Vergabekontrollverfahren keine Parteistellung zu, zumal das Nachprüfungsverfahren - als Feststellungsverfahren - weitergeführt wird.

1.15. Mit Schriftsatz vom 14.01.2016, eingelangt im BVwG am 15.01.2016, stellte die Antragstellerin den Antrag, das Nachprüfungsverfahren als Feststellungsverfahren weiterzuführen.

1.16. Am 19.01.2016 wurde im Nachprüfungsverfahren zur Frage ob im gegenständlichen Vergabeverfahren der Zuschlag bereits erteilt wurde, im BVwG eine mündliche Verhandlung abgehalten, in welcher der Sachverhalt erörtert wurde und den Parteien umfassend Gelegenheit gegeben wurde, ein ergänzendes Vorbringen zu erstatten.

1.17. Daran anschließend wurde in einer Beratung des zuständigen Senates des BVwG einstimmig beschlossen, dass infolge des im Vergabeverfahren von der Auftraggeberin am 15.12.2015 um 01.15 Uhr erteilten Zuschlages an XXXX und aufgrund des Antrages der Antragstellerin vom 14.01.2016 gemäß § 331 Abs. 4 BVergG, das beim BVwG zu W114 2118489-2 geführte Nachprüfungsverfahren zu W114 2118489-3 als Feststellungsverfahren weiterzuführen, das Nachprüfungsverfahren als Feststellungsverfahren weiterzuführen ist. Diese Entscheidung wurde den Verfahrensparteien mit Beschluss des BVwG vom 19.01.2016, W114 2118489-2/30E, W114 2118489-3/3Z mitgeteilt. 1.17. Daran anschließend wurde in einer Beratung des zuständigen Senates des BVwG einstimmig beschlossen, dass infolge des im Vergabeverfahren von der Auftraggeberin am 15.12.2015 um 01.15 Uhr erteilten Zuschlages an römisch 40 und aufgrund des Antrages der Antragstellerin vom 14.01.2016 gemäß Paragraph 331, Absatz 4, BVergG, das beim BVwG zu W114 2118489-2 geführte Nachprüfungsverfahren zu W114 2118489-3 als Feststellungsverfahren weiterzuführen, das Nachprüfungsverfahren als Feststellungsverfahren weiterzuführen ist. Diese Entscheidung wurde den Verfahrensparteien mit Beschluss des BVwG vom 19.01.2016, W114 2118489-2/30E, W114 2118489-3/3Z mitgeteilt.

1.18. Da zur Abklärung der Frage, ob XXXX im Hinblick auf die von der Antragstellerin im verfahrenseinleitenden Schriftsatz behaupteten Beanstandungen ausschreibungskonform angeboten hat, dem zur Entscheidung berufenen Senat des BVwG jedoch das erforderliche Fachwissen aus dem Fachgebiet Maschinenbauwesen fehlt, wurde unter Einbeziehung der Verfahrensparteien und Wahrung des Parteiengehörs - auf Vorschlag der Antragstellerin - XXXX, in der gegenständlichen Angelegenheit mit Beschluss vom 10.02.2016, W114 2118489-3/14Z, zum nichtamtlichen Sachverständigen bestellt. Herr XXXX wurde ersucht über folgende Fragen Befund und Gutachten zu erstellen: 1.18. Da zur Abklärung der Frage, ob römisch 40 im Hinblick auf die von der Antragstellerin im verfahrenseinleitenden Schriftsatz behaupteten Beanstandungen ausschreibungskonform angeboten hat, dem zur Entscheidung berufenen Senat des BVwG jedoch das erforderliche Fachwissen aus dem Fachgebiet Maschinenbauwesen fehlt, wurde unter Einbeziehung der Verfahrensparteien und Wahrung des Parteiengehörs - auf Vorschlag der Antragstellerin - römisch 40, in der gegenständlichen Angelegenheit mit Beschluss vom 10.02.2016, W114 2118489-3/14Z, zum nichtamtlichen Sachverständigen bestellt. Herr römisch 40 wurde ersucht über folgende Fragen Befund und Gutachten zu erstellen:

I. Erfüllt die im von der Flughafen Wien AG geführten Vergabeverfahren "Schneeschildern, Z 2015-074" von XXXX angebotene Hochgeschwindigkeitsfrässhleuder folgende in den Ausschreibungsunterlagen geforderten technischen Anforderungen? römisch eins. Erfüllt die im von der Flughafen Wien AG geführten Vergabeverfahren "Schneeschildern, Ziffer 2015 -, 074, von römisch 40 angebotene Hochgeschwindigkeitsfrässhleuder folgende in den Ausschreibungsunterlagen geforderten technischen Anforderungen?

* Räumhöhe mind. 150 cm (Positionsnummer 115 der technischen Leistungsbeschreibung)

* Schleuderleistung: mind. 7500 Tonnen/Stunde bei 30 Meter Wurfweite (Positionsnummer 116 der technischen Leistungsbeschreibung)

* Frässhleudervorbau: ausreichendes Aufnahmevermögen von Nassschnee bzw. Schneematsch, welcher durch die Auftaumittel auf dem entstandenen Wasserfilm schwimmt, sowie allen sonstigen Problemschneearten (Positionsnummer 601 der technischen Leistungsbeschreibung)

II. Erfüllt diese Hochgeschwindigkeitsfrässhleuder die geforderte Mindesträumhöhe und Mindestschleuderleistung bei Pulverschnee, vereistem Schnee und Matschschnee gleichermaßen? römisch zwei. Erfüllt diese Hochgeschwindigkeitsfrässhleuder die geforderte Mindesträumhöhe und Mindestschleuderleistung bei Pulverschnee, vereistem Schnee und Matschschnee gleichermaßen?

III. Ist es aus technischer Sicht ausgeschlossen, dass diese Hochgeschwindigkeits-frässhleuder so adaptiert wird, dass eine Räumhöhe von mind. 150 cm auch bei Hartschnee und eisigen Bedingungen erreicht wird? römisch drei. Ist es aus technischer Sicht ausgeschlossen, dass diese Hochgeschwindigkeits-frässhleuder so adaptiert wird, dass eine Räumhöhe von mind. 150 cm auch bei Hartschnee und eisigen Bedingungen erreicht wird?

IV. Kommt ein mit dem erforderlichen Sachverstand ausgestatteter Sachverständiger beim Lesen der technischen Leistungsbeschreibung zur Auffassung, dass eine anzubietende Schneeschleuder eine Mindesthöhe von 150 cm über die geforderte Mindestbreite von 240 cm aufzuweisen hat? römisch vier. Kommt ein mit dem erforderlichen Sachverstand ausgestatteter Sachverständiger beim Lesen der technischen Leistungsbeschreibung zur Auffassung, dass eine anzubietende Schneeschleuder eine Mindesthöhe von 150 cm über die geforderte Mindestbreite von 240 cm aufzuweisen hat?

1.19. Befund und Gutachten von XXXX langten im BVwG am 09.03.2016 im BVwG ein. 1.19. Befund und Gutachten von römisch 40 langten im BVwG am 09.03.2016 im BVwG ein.

Zusammenfassend kommt der nichtamtliche Sachverständige dabei zu folgendem Ergebnis:

* Die gegenständliche Konstruktion der Schneeschleudern besitzt eine Einlaufhöhe in den Schleuderkopf von $h_{\text{ein}} = 1.500 \text{ mm}$ bei einer Einlaufbreite von $b_{\text{ein}} = 2.400 \text{ mm}$.

* Die in der Positionsnummer 116 der technischen Leistungsbeschreibung geforderte Räumleistung von 7.500 t/h kann von der gegenständlichen Schneeschleuder erbracht werden. Weiters wird auch die entsprechend Punkt 116 der technischen Leistungsbeschreibung geforderte Wurfweite von 30 m erreicht.

* Inwieweit die gegenständliche Schneeschleuder, über die entsprechend Positionsnummer 601 der technischen Leistungsbeschreibung geforderte Kapazität zur Aufnahme von Schneematsch, sowie allen sonstigen Problemschneearten verfügt, kann ausschließlich auf Basis der seitens des erkennenden Gerichts zur Verfügung gestellten Unterlagen aus technischer Sicht nicht klar beantwortet werden. Ein konkreter diesbezüglicher Nachweis könnte nur versuchstechnisch erbracht werden.

* Mit Bezug auf die dem Gutachten als Anlage B angeschlossene Präsentation von XXXX ist davon auszugehen, dass die gegenständliche Schneeschleuder geeignet ist, die erforderliche Räumhöhe und die geforderte Räumleistung auch bei schwierigeren Schneeverhältnissen zu erbringen.* Mit Bezug auf die dem Gutachten als Anlage B angeschlossene Präsentation von römisch 40 ist davon auszugehen, dass die gegenständliche Schneeschleuder geeignet ist, die erforderliche Räumhöhe und die geforderte Räumleistung auch bei schwierigeren Schneeverhältnissen zu erbringen.

* Eine verknüpfende Bedingung, der zufolge die offerierte Schneeschleuder eine Mindesteinlaufhöhe in den Schleuderkopf von $h_{\text{ein}} = 1.500 \text{ mm}$ über die gesamte Einlaufbreite von $b_{\text{ein}} = 2.400 \text{ mm}$ aufweisen müsste, kann aus der technischen Leistungsbeschreibung zum gegenständlichen Verfahren nicht abgeleitet werden.

1.20. Befund und Gutachten von XXXX vom 09.03.2016 wurden an die Antragstellerin und die Auftraggeberin zum Parteiengehör übermittelt und darüber hinaus in einer mündlichen Verhandlung am 01.04.2016 in Anwesenheit des Sachverständigen erörtert. Den Parteien wurde ausreichend Gelegenheit eingeräumt, Fragen an den nichtamtlichen Sachverständigen zu stellen und ein ergänzendes Vorbringen zu erstatten. 1.20. Befund und Gutachten von römisch 40 vom 09.03.2016 wurden an die Antragstellerin und die Auftraggeberin zum Parteiengehör übermittelt und darüber

hinaus in einer mündlichen Verhandlung am 01.04.2016 in Anwesenheit des Sachverständigen erörtert. Den Parteien wurde ausreichend Gelegenheit eingeräumt, Fragen an den nichtamtlichen Sachverständigen zu stellen und ein ergänzendes Vorbringen zu erstatten.

1.21. Das Angebot von XXXX ist, sofern von der Antragstellerin Beanstandungen vorgetragen wurde, ausschreibungskonform. Unter Berücksichtigung der im Vergabeverfahren bestandsfest festgelegten Zuschlagskriterien wurde im Vergabeverfahren "Schneesleudern, Z 2015-074" mit XXXX vergaberechtskonform die ausgeschriebene Rahmenvereinbarung abgeschlossen. 1.21. Das Angebot von römisch 40 ist, sofern von der Antragstellerin Beanstandungen vorgetragen wurde, ausschreibungskonform. Unter Berücksichtigung der im Vergabeverfahren bestandsfest festgelegten Zuschlagskriterien wurde im Vergabeverfahren "Schneesleudern, Ziffer 2015 -, 074, mit römisch 40 vergaberechtskonform die ausgeschriebene Rahmenvereinbarung abgeschlossen.

1.22. Vom BVwG wird nicht festgestellt, ob - wie von der Auftraggeberin im Feststellungsverfahren behauptet - die Antragstellerin in ihrem Angebot die Schneesleuder nicht ausschreibungskonform angeboten hat.

2. Beweiswürdigung:

Dieser Sachverhalt ergibt sich schlüssig und nachvollziehbar aus den Unterlagen des Vergabeverfahrens, Stellungnahmen der Parteien, Auskünften der Auftraggeber, insbesondere dem im Feststellungsverfahren beauftragten Befund und Gutachten vom 09.03.2016 von XXXX und dem in den mündlichen Verhandlungen am 19.01.2016 sowie am 01.04.2016 erstatteten Vorbringen der Verfahrensparteien. Dieser Sachverhalt ergibt sich schlüssig und nachvollziehbar aus den Unterlagen des Vergabeverfahrens, Stellungnahmen der Parteien, Auskünften der Auftraggeber, insbesondere dem im Feststellungsverfahren beauftragten Befund und Gutachten vom 09.03.2016 von römisch 40 und dem in den mündlichen Verhandlungen am 19.01.2016 sowie am 01.04.2016 erstatteten Vorbringen der Verfahrensparteien.

Sofern die Antragstellerin die Auffassung vertritt, die von XXXX angebotene Schneesleuder sei nicht ausschreibungskonform angeboten worden, liegt die Ursache dieser Auffassung offensichtlich in der Unkenntnis des tatsächlichen Angebotes von XXXX und einer offensichtlichen Recherche von im Internet abrufbarer Unterlage von veralteten Vorgängermodellen, die nicht in allen Details mit der von XXXX angebotenen Schneesleuder übereinstimmen. Sofern die Antragstellerin die Auffassung vertritt, die von römisch 40 angebotene Schneesleuder sei nicht ausschreibungskonform angeboten worden, liegt die Ursache dieser Auffassung offensichtlich in der Unkenntnis des tatsächlichen Angebotes von römisch 40 und einer offensichtlichen Recherche von im Internet abrufbarer Unterlage von veralteten Vorgängermodellen, die nicht in allen Details mit der von römisch 40 angebotenen Schneesleuder übereinstimmen.

Im Hinblick darauf, dass im Vergabekontrollverfahren festzustellen war, dass die von XXXX angebotenen Schneesleudern - sofern von der Antragstellerin im Rahmen der von ihr vorgetragenen Beschwerdepunkte - Beanstandungen vorgebracht wurden, diese Schneesleudern ausschreibungskonform angeboten wurden, konnte die Frage, ob auch die von der Antragstellerin angebotenen Schneesleudern ausschreibungskonform angeboten wurden, nicht zweifelsfrei beantwortet werden. Von der Auftraggeberin wird vorgebracht, dass die Antragstellerin ausschreibungswidrig angeboten wurde, was von der Antragstellerin bestritten wurde. Zur Klärung dieser Frage müsste ebenfalls ein Gutachten eines maschinenbau-fachtechnischen Sachverständigen eingeholt werden. Im Hinblick darauf, dass im Vergabekontrollverfahren festzustellen war, dass die von römisch 40 angebotenen Schneesleudern - sofern von der Antragstellerin im Rahmen der von ihr vorgetragenen Beschwerdepunkte - Beanstandungen vorgebracht wurden, diese Schneesleudern ausschreibungskonform angeboten wurden, konnte die Frage, ob auch die von der Antragstellerin angebotenen Schneesleudern ausschreibungskonform angeboten wurden, nicht zweifelsfrei beantwortet werden. Von der Auftraggeberin wird vorgebracht, dass die Antragstellerin ausschreibungswidrig angeboten wurde, was von der Antragstellerin bestritten wurde. Zur Klärung dieser Frage müsste ebenfalls ein Gutachten eines maschinenbau-fachtechnischen Sachverständigen eingeholt werden.

Befund und Gutachten vom 09.03.2016 von XXXX sind nach Ansicht des erkennenden Senates vollständig, widerspruchsfrei, nachvollziehbar und in sich schlüssig, sodass darauf aufbauend der erkennende Senat in der verfahrensgegenständlichen Angelegenheit zu einer Entscheidung gelangen kann. Eine Ergänzung des Sachverständigengutachtens bzw. die Einholung eines weiteren Gutachtens ist nicht erforderlich. Dass die Antragstellerin mit dem Ergebnis des Sachverständigengutachtens, welches klar zum Ergebnis kommt, dass XXXX

ausschreibungskonform angeboten hat, nicht einverstanden ist, ist aus der Sicht der Antragstellerin verständlich. Befund und Gutachten vom 09.03.2016 von römisch 40 sind nach Ansicht des erkennenden Senates vollständig, widerspruchsfrei, nachvollziehbar und in sich schlüssig, sodass darauf aufbauend der erkennende Senat in der verfahrensgegenständlichen Angelegenheit zu einer Entscheidung gelangen kann. Eine Ergänzung des Sachverständigengutachtens bzw. die Einholung eines weiteren Gutachtens ist nicht erforderlich. Dass die Antragstellerin mit dem Ergebnis des Sachverständigengutachtens, welches klar zum Ergebnis kommt, dass römisch 40 ausschreibungskonform angeboten hat, nicht einverstanden ist, ist aus der Sicht der Antragstellerin verständlich.

3. Rechtliche Beurteilung:

3.1. Gemäß § 345 Abs. 18 Z 2 BVergG 2006, BGBl. I Nr. 17/2006 idF BGBl. I Nr. 7/2016, sind die im Zeitpunkt des In- bzw. Außerkrafttretens gemäß § 345 Abs. 18 Z 1 leg. cit. beim Bundesverwaltungsgericht anhängigen Verfahren vom Bundesverwaltungsgericht nach der zum Zeitpunkt der Einleitung des jeweiligen Vergabeverfahrens geltenden Rechtslage fortzuführen. Das bedeutet, dass das gegenständliche Feststellungsverfahren ohne Berücksichtigung der am 01.03.2016 in Kraft getretenen Novelle des BVergG und damit gemäß BVergG idF des BGBl. II Nr. 292/2014 fortzusetzen und abzuschließen ist. 3.1. Gemäß Paragraph 345, Absatz 18, Ziffer 2, BVergG 2006, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 7 aus 2016,, sind die im Zeitpunkt des In- bzw. Außerkrafttretens gemäß Paragraph 345, Absatz 18, Ziffer eins, leg. cit. beim Bundesverwaltungsgericht anhängigen Verfahren vom Bundesverwaltungsgericht nach der zum Zeitpunkt der Einleitung des jeweiligen Vergabeverfahrens geltenden Rechtslage fortzuführen. Das bedeutet, dass das gegenständliche Feststellungsverfahren ohne Berücksichtigung der am 01.03.2016 in Kraft getretenen Novelle des BVergG und damit gemäß BVergG in der Fassung des Bundesgesetzblatt Teil 2, Nr. 292 aus 2014, fortzusetzen und abzuschließen ist.

3.2. Die Zuständigkeit des BVwG zur Entscheidung in der gegenständlichen Angelegenheit ergibt sich aus 14b Abs 2 Z 1 lit. g B-VG iVm § 291 BVergG, zumal die Auftraggeberin als Sektorenauftraggeberin gemäß § 164 iVm § 166 und § 172 BVergG eine Sektorentätigkeit ausübt und als Auftraggeberin nicht unter lit. a bis f und Z 2 des Art. 14b Abs. 2 B-VG eingeordnet werden kann (vgl. dazu BVwG vom 19.01.2016, W114 2118489-2/30E, W114 2118489-3/3Z und die dort zitierte Vorjudikatur). 3.2. Die Zuständigkeit des BVwG zur Entscheidung in der gegenständlichen Angelegenheit ergibt sich aus 14b Absatz 2, Ziffer eins, Litera g, B-VG in Verbindung mit Paragraph 291, BVergG, zumal die Auftraggeberin als Sektorenauftraggeberin gemäß Paragraph 164, in Verbindung mit Paragraph 166 und Paragraph 172, BVergG eine Sektorentätigkeit ausübt und als Auftraggeberin nicht unter Litera a bis f und Ziffer 2, des Artikel 14 b, Absatz 2, B-VG eingeordnet werden kann vergleiche dazu BVwG vom 19.01.2016, W114 2118489-2/30E, W114 2118489-3/3Z und die dort zitierte Vorjudikatur).

Darüber hinaus sieht § 312 Abs. 1 BVergG die Zuständigkeit des BVwG zur Durchführung von Feststellungsverfahren vor. Darüber hinaus sieht Paragraph 312, Absatz eins, BVergG die Zuständigkeit des BVwG zur Durchführung von Feststellungsverfahren vor.

Gemäß § 312 Abs. 3 Z 1 BVergG ist das BVwG nach Zuschlagserteilung im Rahmen der von der Antragstellerin geltend gemachten Beschwerdepunkte zur Feststellung zuständig, ob wegen eines Verstoßes gegen das BVergG, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Unionsrecht der Zuschlag nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis oder dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt wurde. Z 2 leg. cit. enthält darüber hinaus auch die Zuständigkeit des BVwG - über Antrag der Auftraggeberin - festzustellen, ob die Antragstellerin auch bei Einhaltung der entsprechenden Bestimmungen keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlages gehabt hätte. Gemäß Paragraph 312, Absatz 3, Ziffer eins, BVergG ist das BVwG nach Zuschlagserteilung im Rahmen der von der Antragstellerin geltend gemachten Beschwerdepunkte zur Feststellung zuständig, ob wegen eines Verstoßes gegen das BVergG, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Unionsrecht der Zuschlag nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis oder dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt wurde. Ziffer 2, leg. cit. enthält darüber hinaus auch die Zuständigkeit des BVwG - über Antrag der Auftraggeberin - festzustellen, ob die Antragstellerin auch bei Einhaltung der entsprechenden Bestimmungen keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlages gehabt hätte.

3.3. Aus § 292 Abs. 1 BVergG ergibt sich, dass die Entscheidung in der gegenständlichen Angelegenheit durch einen Senat des BVwG zu treffen ist, zumal es sich nicht um eine Entscheidung über einen Antrag auf Erlassung einer

einstweiligen Verfügung handelt. Der Senat besteht gemäß § 292 Abs. 2 BVergG aus einem Mitglied als Vorsitzenden und zwei fachkundigen Laienrichtern als Beisitzern. Von den fachkundigen Laienrichtern müssen jeweils einer aus dem Kreis der Auftraggeber und der Andere dem Kreis der Auftragnehmer angehören. Die Angelegenheit wurde gemäß der Geschäftsverteilung des BVwG der Gerichtsabteilung W114 zur Erledigung zugewiesen.3.3. Aus Paragraph 292, Absatz eins, BVergG ergibt sich, dass die Entscheidung in der gegenständlichen Angelegenheit durch einen Senat des BVwG zu treffen ist, zumal es sich nicht um eine Entscheidung über einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung handelt. Der Senat besteht gemäß Paragraph 292, Absatz 2, BVergG aus einem Mitglied als Vorsitzenden und zwei fachkundigen Laienrichtern als Beisitzern. Von den fachkundigen Laienrichtern müssen jeweils einer aus dem Kreis der Auftraggeber und der Andere dem Kreis der Auftragnehmer angehören. Die Angelegenheit wurde gemäß der Geschäftsverteilung des BVwG der Gerichtsabteilung W114 zur Erledigung zugewiesen.

3.4. Gemäß § 28 Abs 1 VwGVG hat das Verwaltungsgericht die Rechtssache durch Erkenntnis zu erledigen, sofern die Beschwerde nicht zurückzuweisen oder das Verfahren einzustellen ist.3.4. Gemäß Paragraph 28, Absatz eins, VwGVG hat das Verwaltungsgericht die Rechtssache durch Erkenntnis zu erledigen, sofern die Beschwerde nicht zurückzuweisen oder das Verfahren einzustellen ist.

3.5. Gemäß § 311 BVergG sind in Verfahren vor dem BVwG neben dem BVergG die Bestimmungen des VwGVG und des AVG anzuwenden.3.5. Gemäß Paragraph 311, BVergG sind in Verfahren vor dem BVwG neben dem BVergG die Bestimmungen des VwGVG und des AVG anzuwenden.

3.6. Gemäß § 17 VwGVG sind, soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, auf das Verfahren über Beschwerden gemäß Art 130 Abs 1 B-VG die Bestimmungen des AVG mit Ausnahme der §§ 1 bis 5 sowie des IV. Teiles, die Bestimmungen der Bundesabgabenordnung - BAO, BGBl 194/1961, des Agrarverfahrensgesetzes - AgrVG, BGBl 173/1950, und des Dienstrechtsverfahrensgesetzes 1984 - DVG, BGBl 29/1984, und im Übrigen jene verfahrensrechtlichen Bestimmungen in Bundes- oder Landesgesetzen sinngemäß anzuwenden, die die Behörde in dem, dem Verfahren vor dem Verwaltungsgericht vorangegangenen Verfahren, angewendet hat oder anzuwenden gehabt hätte.3.6. Gemäß Paragraph 17, VwGVG sind, soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, auf das Verfahren über Beschwerden gemäß Artikel 130, Absatz eins, B-VG die Bestimmungen des AVG mit Ausnahme der Paragraphen eins bis 5 sowie des römisch vier. Teiles, die Bestimmungen der Bundesabgabenordnung - BAO, Bundesgesetzblatt 194 aus 1961,, des Agrarverfahrensgesetzes - AgrVG, Bundesgesetzblatt 173 aus 1950,, und des Dienstrechtsverfahrensgesetzes 1984 - DVG, Bundesgesetzblatt 29 aus 1984,, und im Übrigen jene verfahrensrechtlichen Bestimmungen in Bundes- oder Landesgesetzen sinngemäß anzuwenden, die die Behörde in dem, dem Verfahren vor dem Verwaltungsgericht vorangegangenen Verfahren, angewendet hat oder anzuwenden gehabt hätte.

3.7. Gemäß § 331 Abs. 4 BVergG ist das Nachprüfungsverfahren vor dem BVwG auf Antrag des Unternehmers, der den Nachprüfungsantrag gestellt hat, als Feststellungsverfahren weiterzuführen, wenn während eines anhängigen Nachprüfungsverfahrens der Zuschlag erteilt wird.3.7. Gemäß Paragraph 331, Absatz 4, BVergG ist das Nachprüfungsverfahren vor dem BVwG auf Antrag des Unternehmers, der den Nachprüfungsantrag gestellt hat, als Feststellungsverfahren weiterzuführen, wenn während eines anhängigen Nachprüfungsverfahrens der Zuschlag erteilt wird.

3.8. Sowohl der ursprünglich eingebrachte Nachprüfungsantrag der Antragstellerin als auch der von ihr gemäß § 331 Abs. 4 BVergG gestellte Antrag auf Weiterführung des Nachprüfungsverfahrens als Feststellungsverfahren genügt den formalen Anforderungen gemäß § 322 Abs. 1 bzw. § 332 Abs. 1 BVergG.3.8. Sowohl der ursprünglich eingebrachte Nachprüfungsantrag der Antragstellerin als auch der von ihr gemäß Paragraph 331, Absatz 4, BVergG gestellte Antrag auf Weiterführung des Nachprüfungsverfahrens als Feststellungsverfahren genügt den formalen Anforderungen gemäß Paragraph 322, Absatz eins, bzw. Paragraph 332, Absatz eins, BVergG.

Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelte es sich um einen Lieferauftrag im Sinne des § 5 iVm § 174 BVergG. Der geschätzte Auftragswert lag entsprechend den Angaben der Auftraggeberin über dem relevanten Schwellenwert des § 180 Abs. 1 BVergG, sodass ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vorlag, wobei die Bestimmungen für eine Auftragsvergabe im Sektorenbereich (§§ 163 - 290 BVergG) zur Anwendung gelangten.Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelte es sich um einen Lieferauftrag im Sinne des Paragraph 5, in Verbindung mit Paragraph 174, BVergG. Der geschätzte Auftragswert lag entsprechend den Angaben der Auftraggeberin über dem relevanten

Schwellenwert des Paragraph 180, Absatz eins, BVergG, sodass ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vorlag, wobei die Bestimmungen für eine Auftragsvergabe im Sektorenbereich (Paragraphen 163, - 290 BVergG) zur Anwendung gelangten.

3.9. Sofern die Auftraggeberin nunmehr im als Feststellungsverfahren weitergeführten Nachprüfungsverfahren erstmals die Ansicht vertritt, die Antragstellerin habe im Vergabeverfahren ein ausschreibungswidriges Angebot gelegt, stellt sich diesbezüglich die Frage, ob die Antragstellerin damit überhaupt in den von ihr vorgebrachten Rechten verletzt sein könnte und damit die Frage der Antragslegitimation. Dieses Vorbringen löst nunmehr im Vergabekontrollverfahren Verwunderung aus, zumal die Auftraggeberin damit zu verstehen gibt, dass sie das Angebot der Antragstellerin im Vergabeverfahren entweder nicht oder nicht abschließend geprüft hat. Für den Ausgang des gegenständlichen Vergabekontrollverfahren ist die Beantwortung nur von untergeordneter Bedeutung, zumal die Prüfung durch das BVwG die Vergaberechtskonformität des Angebotes von XXXX ergeben hat. 3.9. Sofern die Auftraggeberin nunmehr im als Feststellungsverfahren weitergeführten Nachprüfungsverfahren erstmals die Ansicht vertritt, die Antragstellerin habe im Vergabeverfahren ein ausschreibungswidriges Angebot gelegt, stellt sich diesbezüglich die Frage, ob die Antragstellerin damit überhaupt in den von ihr vorgebrachten Rechten verletzt sein könnte und damit die Frage der Antragslegitimation. Dieses Vorbringen löst nunmehr im Vergabekontrollverfahren Verwunderung aus, zumal die Auftraggeberin damit zu verstehen gibt, dass sie das Angebot der Antragstellerin im Vergabeverfahren entweder nicht oder nicht abschließend geprüft hat. Für den Ausgang des gegenständlichen Vergabekontrollverfahren ist die Beantwortung nur von untergeordneter Bedeutung, zumal die Prüfung durch das BVwG die Vergaberechtskonformität des Angebotes von römisch 40 ergeben hat.

Lediglich zur Vollständigkeit wird vom BVwG darauf hingewiesen, dass dadurch, dass ein auszuscheidendes Angebot von der Auftraggeberin nicht ausgeschieden wurde, nicht dazu führt, dass dieses Angebot zu einem solchen wird, dem der Zuschlag erteilt werden könnte (vgl. VwGH vom 21.12.2004, 2002/04/0177 oder VwGH vom 01.03.2005, 2003/04/0039). Lediglich zur Vollständigkeit wird vom BVwG darauf hingewiesen, dass dadurch, dass ein auszuscheidendes Angebot von der Auftraggeberin nicht ausgeschieden wurde, nicht dazu führt, dass dieses Angebot zu einem solchen wird, dem der Zuschlag erteilt werden könnte vergleiche VwGH vom 21.12.2004, 2002/04/0177 oder VwGH vom 01.03.2005, 2003/04/0039).

Unter Hinweis auf die Rechtsprechung des VwGH hat das BVwG in der gegenständlichen Angelegenheit hinsichtlich der Frage der Antragslegitimation der Antragstellerin nicht ein zusätzliches Sachverständigengutachten einzuholen, sondern diese Frage nicht abschließend im Vergabekontrollverfahren klärend, von einer Schädigungsmöglichkeit und somit der Antragslegitimation der Antragstellerin auszugehen (VwGH vom 25.06.2003, 2001/04/0202; VwGH vom 20.12.2005, 2001/04/0083, VwGH vom 01.07.2010, 2009/04/0207; VwGH 18.03.2009, 2007/04/0095; VwGH vom 23.05.2014, 2013/04/0025).

3.10. Bereits im Beschluss des BVwG vom 19.01.2016, W114 2118489-2/30E, W114 2118489-3/3Z, wurde rechtskräftig entschieden, dass im verfahrensgegenständlichen Vergabeverfahren von der Auftraggeberin am 15.12.2015 um 01.15 Uhr vergaberechtskonform der Zuschlag erteilt bzw. die Rahmenvereinbarung mit XXXX abgeschlossen wurde. 3.10. Bereits im Beschluss des BVwG vom 19.01.2016, W114 2118489-2/30E, W114 2118489-3/3Z, wurde rechtskräftig entschieden, dass im verfahrensgegenständlichen Vergabeverfahren von der Auftraggeberin am 15.12.2015 um 01.15 Uhr vergaberechtskonform der Zuschlag erteilt bzw. die Rahmenvereinbarung mit römisch 40 abgeschlossen wurde.

Da die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 14.01.2016 innerhalb der sich aus § 332 Abs. 2 BVergG ergebenden sechswöchigen Frist einen Antrag auf Weiterführung als Feststellungsverfahren gestellt hat, war das Nachprüfungsverfahren als Feststellungsverfahren weiterzuführen. Da die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 14.01.2016 innerhalb der sich aus Paragraph 332, Absatz 2, BVergG ergebenden sechswöchigen Frist einen Antrag auf Weiterführung als Feststellungsverfahren gestellt hat, war das Nachprüfungsverfahren als Feststellungsverfahren weiterzuführen.

3.11. Zentraler - von der Antragstellerin geltend gemachter - Beschwerdepunkt iSd § 312 Abs. 3 Z 1 BVergG ist die Frage, ob die von XXXX in ihrem Angebot angebotenen Schneeschleudern ausschreibungskonform angeboten wurden oder ob sie so angeboten wurden, dass das dazu hätte führen müssen, dass dieses Angebot gemäß § 269 Abs. 5 BVergG auszuscheiden gewesen wäre. 3.11. Zentraler - von der Antragstellerin geltend gemachter - Beschwerdepunkt

iSd Paragraph 312, Absatz 3, Ziffer eins, BVergG ist die Frage, ob die von römisch 40 in ihrem Angebot angebotenen Schneeschleudern ausschreibungskonform angeboten wurden oder ob sie so angeboten wurden, dass das dazu hätte führen müssen, dass dieses Angebot gemäß Paragraph 269, Absatz 5, BVergG auszuschneiden gewesen wäre.

Im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren, das als Feststellungsverfahren weiterzuführen war, wurden somit Fragen nach einer vergaberechtskonformen Prüfung eines Angebotes im zugrundeliegenden Vergabeverfahren aufgeworfen. Hierbei handelt es sich um Fragen, deren endgültige und zweifelsfreie Beantwortung dem zur Entscheidung berufenen Senat des Bundesvergabeamtes ohne Heranziehung eines Sachverständigen nicht möglich war. Zur Beantwortung dieser Fragen bedurfte es eines technischen Sachverständes aus den Fachbereichen Maschinenbau und Maschinenprüfungswesen.

Auf der Grundlage des Sachverständigengutachtens von XXXX vom 09.03.2016 kommt der zur Entscheidung zuständige Senat des BVwG zum Ergebnis, dass XXXX hinsichtlich jener Punkte, die von der Antragstellerin in ihrem Nachprüfungsantrag moniert wurden, zum Ergebnis, dass XXXX ihr Angebot ausschreibungskonform angeboten hat. Aus dem Sachverständigengutachten ergibt sich für das BVwG nachvollziehbar, schlüssig und zweifelsfrei, dass die von XXXX angebotenen Schneeschleudern folgende in der Ausschreibung enthaltenen Anforderungen erfüllen: Auf der Grundlage des Sachverständigengutachtens von römisch 40 vom 09.03.2016 kommt der zur Entscheidung zuständige Senat des BVwG zum Ergebnis, dass römisch 40 hinsichtlich jener Punkte, die von der Antragstellerin in ihrem Nachprüfungsantrag moniert wurden, zum Ergebnis, dass römisch 40 ihr Angebot ausschreibungskonform angeboten hat. Aus dem Sachverständigengutachten ergibt sich für das BVwG nachvollziehbar, schlüssig und zweifelsfrei, dass die von römisch 40 angebotenen Schneeschleudern folgende in der Ausschreibung enthaltenen Anforderungen erfüllen:

- * Raumhöhe mind. 150 cm (Positionsnummer 115 der technischen Leistungsbeschreibung)

- * Schleuderleistung: mind. 7500 Tonnen/Stunde bei 30 Meter Wurfweite (Positionsnummer 116 der technischen Leistungsbeschreibung)

- * Frässhleudervorbau: ausreichendes Aufnahmevermögen von Nassschnee bzw. Schneematsch, welcher durch die Auftaumittel auf dem entstandenen Wasserfilm schwimmt, sowie allen sonstigen Problemschneearten (Positionsnummer 601 der technischen Leistungsbeschreibung)

Die von XXXX angebotenen Hochgeschwindigkeitsfrässhleudern erfüllen die geforderte Mindesträumhöhe und Mindestschleuderleistung bei Pulverschnee, vereistem Schnee und Matschschnee gleichermaßen. Diese Hochgeschwindigkeitsfrässhleudern erfüllen eine Räumhöhe von mind. 150 cm auch bei Hartschnee und eisigen Bedingungen. Die von römisch 40 angebotenen Hochgeschwindigkeitsfrässhleudern erfüllen die geforderte Mindesträumhöhe und Mindestschleuderleistung bei Pulverschnee, vereistem Schnee und Matschschnee gleichermaßen. Diese Hochgeschwindigkeitsfrässhleudern erfüllen eine Räumhöhe von mind. 150 cm auch bei Hartschnee und eisigen Bedingungen.

Sofern der nichtamtliche Sachverständige in seinem Gutachten unter Punkt 3.1.3 ausführt, dass sich ohne praktische Versuche nicht feststellen lasse, welchen Einfluss der auf die Räumstrecke aufgetragenen Auftaumittel entstehende Wasserfilm auf die Räumleistung besitzt, so wird diesbezüglich auf die Ausführungen des Sachverständigen in Punkt 3.2 des Gutachtens hingewiesen. Dabei kommt der Sachverständige zum Ergebnis, dass die Annahme gerechtfertigt erscheint, dass auch für Nass- bzw. Matschschnee die vorgegebenen Leistungswerte erreichbar wären. Zudem verfügt die Auftraggeberin durch ihre jahrzehntelange Tätigkeit genügend Erfahrung, um beurteilen zu können, dass zu erwarten ist, dass die zum Einsatz kommenden Schneeschleudern von XXXX auch einen mit Auftaumittel bzw. Wasser durchmengten Schneematsch ausschreibungskonform bearbeiten können. Sofern der nichtamtliche Sachverständige in seinem Gutachten unter Punkt 3.1.3 ausführt, dass sich ohne praktische Versuche nicht feststellen lasse, welchen Einfluss der auf die Räumstrecke aufgetragenen Auftaumittel entstehende Wasserfilm auf die Räumleistung besitzt, so wird diesbezüglich auf die Ausführungen des Sachverständigen in Punkt 3.2 des Gutachtens hingewiesen. Dabei kommt der Sachverständige zum Ergebnis, dass die Annahme gerechtfertigt erscheint, dass auch für Nass- bzw. Matschschnee die vorgegebenen Leistungswerte erreichbar wären. Zudem verfügt die Auftraggeberin durch ihre jahrzehntelange Tätigkeit genügend Erfahrung, um beurteilen zu können, dass zu erwarten ist, dass die zum Einsatz kommenden Schneeschleudern von römisch 40 auch einen mit Auftaumittel bzw. Wasser durchmengten Schneematsch ausschreibungskonform bearbeiten können.

XXXX hat ausschreibungskonform das Angebot mit dem niedrigsten Preis gelegt. Dieses Angebot wurde im

Vergabeverfahren vergaberechtskonform nicht ausgeschieden. Der Antrag auf Feststellung, dass die Rahmenvereinbarung mit XXXX betreffend das Vergabeverfahren der Auftraggeberin "Schneesleudern GZ Z-2015-0074" wegen eines Verstoßes gegen das Bundesvergabegesetz nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung mit dem Bieter abgeschlossen wurde, ist daher abzuweisen. römisch 40 hat ausschreibungskonform das Angebot mit dem niedrigsten Preis gelegt. Dieses Angebot wurde im Vergabeverfahren vergaberechtskonform nicht ausgeschieden. Der Antrag auf Feststellung, dass die Rahmenvereinbarung mit römisch 40 betreffend das Vergabeverfahren der Auftraggeberin "Schneesleudern GZ Z-2015-0074" wegen eines Verstoßes gegen das Bundesvergabegesetz nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung mit dem Bieter abgeschlossen wurde, ist daher abzuweisen.

Da die Auftraggeberin alle Bieter des Vergabeverfahrens vergaberechtskonform mit Telefax vom 03.12.2015 über den beabsichtigten Abschluss der Rahmenvereinbarung informiert hat und auch sonst im gegenständlichen Vergabekontrollverfahren keine Vergaberechtswidrigkeit im Vergabeverfahren "Schneesleudern GZ Z-2015-0074" festgestellt werden konnte, war auch der Antrag auf Feststellung, dass der Abschluss der Rahmenvereinbarung mit XXXX betreffend das Vergabeverfahren der Auftraggeberin "Schneesleudern GZ Z-2015-0074" ohne Mitteilung des beabsichtigten Abschlusses der Rahmenvereinbarung rechtswidrig war, abzuweisen. Daraus ergibt sich auch, dass der Antrag auf Nichtigklärung der Rahmenvereinbarung zwischen der Auftraggeberin und XXXX ebenfalls abzuweisen war. Da keine Vergaberechtswidrigkeit festzustellen war, war auch dem Begehren der Antragstellerin auf Verhängung einer angemessenen Geldbuße gemäß § 334 Abs. 7 BVergG keine Folge zu geben. Da die Auftraggeberin alle Bieter des Vergabeverfahrens vergaberechtskonform mit Telefax vom 03.12.2015 über den beabsichtigten Abschluss der Rahmenvereinbarung informiert hat und auch sonst im gegenständlichen Vergabekontrollverfahren keine Vergaberechtswidrigkeit im Vergabeverfahren "Schneesleudern GZ Z-2015-0074" festgestellt werden konnte, war auch der Antrag auf Feststellung, dass der Abschluss der Rahmenvereinbarung mit römisch 40 betreffend das Vergabeverfahren der Auftraggeberin "Schneesleudern GZ Z-2015-0074" ohne Mitteilung des beabsichtigten Abschlusses der Rahmenvereinbarung rechtswidrig war, abzuweisen. Daraus ergibt sich auch, dass der Antrag auf Nichtigklärung der Rahmenvereinbarung zwischen der Auftraggeberin und römisch 40 ebenfalls abzuweisen war. Da keine Vergaberechtswidrigkeit festzustellen war, war auch dem Begehren der Antragstellerin auf Verhängung einer angemessenen Geldbuße gemäß Paragraph 334, Absatz 7, BVergG keine Folge zu geben.

3.12. Gemäß § 319 Abs 1 BVergG hat der vor dem BVwG wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 BVergG entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 entrichteten Gebühren, wenn er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird. 3.12. Gemäß Paragraph 319, Absatz eins, BVergG hat der vor dem BVwG wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, BVergG entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, entrichteten Gebühren, wenn er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird.

Gemäß § 319 Abs 2 besteht ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung nur dann, wenn
Gemäß Paragraph 319, Absatz 2, besteht ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung nur dann, wenn

1. dem Nachprüfungsantrag (Hauptantrag) stattgegeben wird und
2. dem Antrag auf einstweilige Verfügung stattgegeben wurde oder der Antrag auf einstweilige Verfügung nur wegen einer Interessenabwägung abgewiesen wurde.

Gemäß § 319 Abs 3 BVergG entscheidet über den Gebührenersatz das BVwG
Gemäß Paragraph 319, Absatz 3, BVergG entscheidet über den Gebührenersatz das BVwG.

Die Antragstellerin hat die Pauschalgebühren in der Höhe von gesamt EUR 3.078,-- für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung und den Nachprüfungsantrag tatsächlich bezahlt (§ 318 Abs 1 Z 1 und 4 BVergG iVm § 1 BVwG-PauschGebV Vergabe). Die Antragstellerin hat die Pauschalgebühren in der Höhe von gesamt EUR 3.078,-- für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung und den Nachprüfungsantrag tatsächlich bezahlt (Paragraph 318, Absatz eins, Ziffer eins und 4 BVergG in Verbindung mit Paragraph eins, BVwG-PauschGebV Vergabe).

Weder dem Provisorialbegehren noch dem Hauptantrag wurde stattgegeben. Die Antragstellerin hat nicht einmal teilweise obsiegt. Daher besteht weder ein Anspruch auf Ersatz der Pauschalgebühr für den Nachprüfungsantrag noch

für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung und der entsprechende Antrag auf Kostenersatz durch die Auftraggeberin war gemäß Spruchpunkt A I 5.) abzuweisen. Weder dem Provisorialbegehren noch dem Hauptantrag wurde stattgegeben. Die Antragstellerin hat nicht einmal teilweise obsiegt. Daher besteht weder ein Anspruch auf Ersatz der Pauschalgebühr für den Nachprüfungsantrag noch für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung und der entsprechende Antrag auf Kostenersatz durch die Auftraggeberin war gemäß Spruchpunkt A römisch eins 5.) abzuweisen.

3.13. Soweit die Antragstellerin das im Verfahren eingeholte Sachverständigengutachten anzweifelt bzw. vehement Ergänzungen des Sachverständigengutachtens oder die Einholung eines weiteren Sachverständigengutachtens fordert, wird vom BVwG darauf hingewiesen, dass das vorliegende Sachverständigengutachten vollständig, nachvollziehbar und in sich schlüssig ist, um darauf aufbauend die gegenständliche Angelegenheit zu entscheiden. Eine Ergänzung des Sachverständigengutachtens oder die Einholung eines weiteren Sachverständigengutachtens sind nicht erforderlich und das diesbezügliche Antragsbegehren daher abzuweisen.

Sofern die Antragstellerin fordert, insbesondere in folgende Unterlagen allumfassend Einsicht zu nehmen:

* "Angebot XXXX vom 08.09.2015" * "Angebot römisch 40 vom 08.09.2015;

* Angebot XXXX vom 21.10.2015; * Angebot römisch 40 vom 21.10.2015;

* Besprechungsprotokolle vom 24.09.2015;

* Skizze zur Erläuterung der Erfüllung der Mindesträumhöhe (./B);

* Schreiben von XXXX vom 04.12.2015 samt drei Referenzbestätigungen * Schreiben von römisch 40 vom 04.12.2015 samt drei Referenzbestätigungen

(./D)",

wird vom erkennenden Senat des BVwG auf das Recht auf den Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen und damit in Zusammenhang stehend auf das Urteil des EuGH vom 14.02.2008, Rs C-450/06, Varec, hingewiesen.

In diesem Urteil kommt der EuGH zum Ergebnis, dass Art. 1 Abs. 1 der Richtlinie 89/665/EWG des Rates vom 21. Dezember 1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge in der Fassung der Richtlinie 92/50/EWG des Rates vom 18. Juni 1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge in Verbindung mit Art. 15 Abs. 2 der Richtlinie 93/36/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge in der durch die Richtlinie 97/52/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Oktober 1997 geänderten Fassung dahin auszulegen ist, dass die Nachprüfungsinstanz im Sinne dieses Art. 1 Abs. 1 die Vertraulichkeit und das Recht auf Wahrung der Geschäftsgeheimnisse im Hinblick auf den Inhalt der ihr von den Verfahrensbeteiligten, u. In diesem Urteil kommt der EuGH zum Ergebnis, dass Artikel eins, Absatz eins, der Richtlinie 89/665/EWG des Rates vom 21. Dezember 1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge in der Fassung der Richtlinie 92/50/EWG des Rates vom 18. Juni 1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge in Verbindung mit Artikel 15, Absatz 2, der Richtlinie 93/36/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge in der durch die Richtlinie 97/52/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Oktober 1997 geänderten Fassung dahin auszulegen ist, dass die Nachprüfungsinstanz im Sinne dieses Artikel eins, Absatz eins, die Vertraulichkeit und das Recht auf Wahrung der Geschäftsgeheimnisse im Hinblick auf den Inhalt der ihr von den Verfahrensbeteiligten, u.

a. vom öffentlichen Auftraggeber, übergebenen Unterlagen gewährleisten muss, wobei sie Kenntnis von solchen Angaben haben und diese berücksichtigen darf. Es ist Sache dieser Instanz, zu entscheiden, inwieweit und nach welchen Modalitäten die Vertraulichkeit und die Geheimhaltung dieser Angaben im Hinblick auf die Erfordernisse eines wirksamen Rechtsschutzes und der Wahrung der Verteidigungsrechte der am Rechtsstreit Beteiligten und - im Fall einer Klage oder eines Rechtsbehelfs bei einer Stelle, die ein Gericht im Sinne von Art. 234 EG ist - zu gewährleisten sind, damit in dem Rechtsstreit insgesamt das Recht auf ein faires Verfahren beachtet wird. a. vom öffentlichen Auftraggeber, übergebenen Unterlagen gewährleisten muss, wobei sie Kenntnis von solchen Angaben haben und diese berücksichtigen darf. Es ist Sache dieser Instanz, zu entscheiden, inwieweit und nach welchen Modalitäten die

Vertraulichkeit und die Geheimhaltung dieser Angaben im Hinblick auf die Erfordernisse eines wirksamen Rechtsschutzes und der Wahrung der Verteidigungsrechte der am Rechtsstreit Beteiligten und - im Fall einer Klage oder eines Rechtsbehelfs bei einer Stelle, die ein Gericht im Sinne von Artikel 234, EG ist - zu gewährleisten sind, damit in dem Rechtsstreit insgesamt das Recht auf ein faires Verfahren beachtet wird.

Im gegenständlichen Vergabekontrollverfahren wurde durch die Übermittlung des ungeschwärzten Sachverständigengutachtens auch der Antragstellerin soweit Einblick in das Angebot von XXXX gegeben, dass es der Antragstellerin möglich war, sich ein Bild zu machen, dass XXXX ausschreibungskonform angeboten hat. Durch die Abweisung des Antrages auf eine darüber hinausgehende Einsicht auf Unterlagen, die ausschließlich XXXX betreffen, wird das Recht auf ein faires Verfahren nicht beeinträchtigt. Eine zweckentsprechende Rechtsverfolgung wurde nicht verunmöglicht (vgl. VwGH vom 09.04.2013, 2011/04/0207 oder VwGH vom 22.05.2012, 2009/04/0187 oder VwGH vom 22.02.2011, 2007/04/0003). Im gegenständlichen Vergabekontrollverfahren wurde durch die Übermittlung des ungeschwärzten Sachverständigengutachtens auch der Antragstellerin soweit Einblick in das Angebot von römisch 40 gegeben, dass es der Antragstellerin möglich war, sich ein Bild zu machen, dass römisch 40 ausschreibungskonform angeboten hat. Durch die Abweisung des Antrages auf eine darüber hinausgehende Einsicht auf Unterlagen, die ausschließlich römisch 40 betreffen, wird das Recht auf ein faires Verfahren nicht beeinträchtigt. Eine zweckentsprechende Rechtsverfolgung wurde nicht verunmöglicht vergleiche VwGH vom 09.04.2013, 2011/04/0207 oder VwGH vom 22.05.2012, 2009/04/0187 oder VwGH vom 22.02.2011, 2007/04/0003).

Zu A II) Zu A römisch zwei)

Wie bereits unter A I) dargelegt wurde, war das Angebot von XXXX nicht auszuscheiden. Der Abschluss der ausgeschriebenen Rahmenvereinbarung und damit der Zuschlag an XXXX erfolgte - soweit vom BVwG im Rahmen seiner Prüfungsbefugnisse festgestellt wurde - ausschreibungs- und vergaberechtskonform. Im Vergabeverfahren wurde von der Auftraggeberin das Billigstbieterprinzip gewählt. Da das Angebot von XXXX das Billigste war und im Vergabeverfahren nicht auszuscheiden war, hatte die Antragstellerin keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlages. Daher war dem diesbezüglichen Antragsbegehren der Auftraggeberin gemäß § 312 Abs. 3 Z 2 iVm § 331 Abs. 1 BVergG stattzugeben und festzustellen, dass die Antragstellerin im Vergabeverfahren "Schneesleudern GZ Z-2015-0074" der Auftraggeberin keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlages gehabt hat. Wie bereits unter A römisch eins) dargelegt wurde, war das Angebot von römisch 40 nicht auszuscheiden. Der Abschluss der ausgeschriebenen Rahmenvereinbarung und damit der Zuschlag an römisch 40 erfolgte - soweit vom BVwG im Rahmen seiner Prüfungsbefugnisse festgestellt wurde - ausschreibungs- und vergaberechtskonform. Im Vergabeverfahren wurde von der Auftraggeberin das Billigstbieterprinzip gewählt. Da das Angebot von römisch 40 das Billigste war und im Vergabeverfahren nicht auszuscheiden war, hatte die Antragstellerin keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlages. Daher war dem diesbezüglichen Antragsbegehren der Auftraggeberin gemäß Paragraph 312, Absatz 3, Ziffer 2, in Verbindung mit Paragraph 331, Absatz eins, BVergG stattzugeben und festzustellen, dass die Antragstellerin im Vergabeverfahren "Schneesleudern GZ Z-2015-0074" der Auftraggeberin keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlages gehabt hat.

Zu B) Unzulässigkeit der Revision:

Gemäß § 25a Abs 1 VwGG hat das Verwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses auszusprechen, ob die Revision gemäß Art. 133 Abs 4 B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen. Gemäß Paragraph 25 a, Absatz eins, VwGG hat das Verwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses auszusprechen, ob die Revision gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen.

Die Revision ist gemäß Art 133 Abs 4 B-VG nicht zulässig, weil die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, zumal die Rechtsfolge, dass das Nachprüfungsverfahren über Antrag der Antragstellerin als Feststellungsverfahren weiterzuführen ist, sich unmittelbar aus § 331 Abs. 4 BVergG ergibt und auch von der Antragstellerin der entsprechende Antrag gestellt wurde. Zudem ist das im Zuge des Vergabekontrollverfahrens eingeholte Sachverständigengutachten schlüssig, nachvollziehbar und eindeutig. Zudem wurde von der Antragstellerin dem Sachverständigengutachten nicht auf gleicher fachlicher und sachlicher Ebene entgegengetreten. Die Revision ist gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG nicht zulässig, weil die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, zumal die Rechtsfolge, dass das Nachprüfungsverfahren über Antrag der Antragstellerin als Feststellungsverfahren weiterzuführen ist, sich unmittelbar

aus Paragraph 331, Absatz 4, BVergG ergibt und auch von der Antragstellerin der entsprechende Antrag gestellt wurde. Zudem ist das im Zuge des Vergabekontrollverfahrens eingeholte Sachverständigengutachten schlüssig, nachvollziehbar und eindeutig. Zudem wurde von der Antragstellerin dem Sachverständigengutachten nicht auf gleicher fachlicher und sachlicher Ebene entgegengetreten.

Schlagworte

Angebot ausschreibungswidrig, Antragslegimitation, Antragsrecht, Ausschreibung, Ausschreibungskriterien, Betriebsgeheimnis, Chance auf Zuschlagserteilung, Ergänzungsgutachten, faires Verfahren, Feststellungsantrag, Feststellungsverfahren, Geheimhaltung, Geschäftsgeheimnis, Gutachten, Lieferauftrag, Nachprüfungsantrag, Nachprüfungsverfahren, nichtamtlicher Sachverständiger, Nichtigklärung der Zuschlagsentscheidung, Parteistellung, Pauschalgebührenersatz, Rahmenvereinbarung, Sachverständigengutachten, subsidiärer Rechtsbehelf, Subsidiarität, Vergabeverfahren, Verhandlungsverfahren, Vertraulichkeit, Wettbewerb, Zuständigkeit BVwG

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2016:W114.2118489.3.02

Zuletzt aktualisiert am

12.04.2016

Quelle: Bundesverwaltungsgericht BVwG, <https://www.bvwg.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at